

La mondialisation n'a absolument pas atteint ses ambitions altruistes, enrichir économiquement le monde, supprimer la misère, mais a pour autant réalisé une standardisation de plusieurs concepts, notamment nos modes de consommation, tant sur le plan social et culturel qu'économique : pratiquement tous les pays fonctionnent aujourd'hui sur les bases de l'économie de marché autour duquel s'articule entre autre la mécanique de l'offre et de la demande. Les contrats évoluent dans cet engrenage hyperconsommériste ; ils sont natis de la formation des consentements, un processus qui va leur fournir leur force obligatoire à l'égard des parties. En effet les parties sont tenues de respecter leurs engagements puisqu'elles y ont consenti (article 1134 du Code civil) ; encore faut-il qu'elles s'y soient engagées d'une part en toute connaissance de cause, et d'autre part, alors que leurs cocontractants l'aient fait de bonne foi, et non à leurs dépens. Le cas échéant, le consentement est vicié, et la convention n'a plus de raison d'être, puisqu'elle n'a plus de fondement.

Le Code civil retient trois vices : l'erreur, la violence et le dol, aux termes de son article 1109 : "il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol." Le dol ainsi qu'en dispose l'article 1116 du même Code, consiste en la pratique de manœuvres frauduleuses par l'une des parties, sans lesquelles, il est évident que l'autre n'aurait jamais contracté, comme par exemple la tromperie, le mensonge, et plus généralement l'escroquerie, en matière pénale ; le dol est constitué par la réunion d'un élément moral, l'intention d'amener l'autre à contracter en vue de s'enrichir, et d'un élément matériel, l'agissement dolosif, l'acte positif et manifeste pratiqué en vue de déterminer cette autre partie à contracter. Le domaine de cet élément matériel a été considérablement étendu dans notre Droit positif, puisqu'un simple silence, un acte négatif donc, est considéré comme l'une de ces manœuvres frauduleusement pratiquées.

La question sur le silence est posée dans le cadre du dol. Dans quelles mesures le fait de taire une information que l'on connaît est dolosif ? Ce silence à le supposer intentionnel revêt un caractère dolosif, puisque les informations tues volontairement ont, de la même manière que les manœuvres frauduleuses, déterminé l'autre partie à contracter. C'est surtout sur l'aspect de l'intention que la jurisprudence a admis la réticence comme constitutive d'un dol, trouvant dans l'essence de certains silences la même intention de nuire ou d'abuser de l'autre, à l'égal de l'agissement dolosif.

Dans cet optique la réticence à délivrer des informations méconnues de l'autre partie est dolosive, avec toutefois une nuance : le silence dolosif est caractérisée si une obligation précontractuelle d'information pesait sur la partie silencieuse. Ainsi la réticence dolosive est le manquement à l'une de ces obligations, du fait du silence volontaire sur une information ou tout élément dont l'une des parties a l'obligation de révéler ; cette définition est l'aboutissement, la consécration même, de la réticence dolosive dans notre positif. Il n'en a pas toujours été ainsi, la jurisprudence rejetant l'idée, privilégiant l'adage "l'acheteur doit être curieux", autrement, qu'il appartient à l'acheteur de se renseigner convenablement sur tous les éléments du contrat.

Nos conceptions du droit de la consommation, ont bien évidemment renversé la tendance, la réticence dolosive est donc une notion jurisprudentielle et doctrinale récente, puisqu'il s'agit de la seconde moitié du vingtième siècle.

En effet, et ce depuis les origines du Droit, le fait de taire une information, n'était sanctionné que moralement. En exemple, le Droit romain distinguait clairement d'une part le mensonge ("l'emploi du langage du mensonge") et l'hyperbole ("vanité des discours"), actes

positifs manifestant la mauvaise foi, et d'autre part le silence.

Dans son *De officiis* (44 av. JC), Cicéron raconte le commerce maritime entre Alexandrie et Rhodes frappée par la famine et subissant de fait l'inflation des denrées alimentaires. Des cargaisons de froment sont dépêchées d'Alexandrie, le premier marchand arrivé en avance doit-il écouler son froment le plus cher possible ou avertir les rhodaniens de l'arrivée d'autres navires ? Cicéron blâme le marchand sur le plan moral uniquement. Dans le même sens, Aquilius Gallus, préteur en 66 av. JC, introduit la notion de dol dans le Droit romain, qui oppose encore plus le Droit à la morale : "ce que l'on devait faire, en l'absence d'obligation juridique préexistante, ne regarde que la morale et le Droit ne s'attache qu'aux actes" ; à noter que le dol était un délit, que l'on s'attachait à sanctionner pénalement et que le Droit romain ne sanctionnait que moralement le silence.

Cette sanction morale est récupérée par la morale chrétienne, mise en exergue par Robert-Joseph Pothier dans son *Traité des obligations* en 1761 : le silence n'est blâmable qu'au for interne et qu'il n'appartient pas au Droit de le sanctionner.

Un peu plus tard en 1804, les rédacteurs du Code civil retiennent le terme de manœuvre, pour sanctionner le dol, s'alliant ainsi aux doctrines antagonistes, en donnant une définition exclusivement matérielle, manifeste, positive, à ce terme, c'est-à-dire que la réticence n'était pas dolosive, et était plutôt présentée comme une variante du *dolus bonus* (le bon dol) caractérisée par exemple en l'hyperbole publicitaire ("Mon poisson, c'est le plus frais du marché !"), qui lui était toléré. La réticence n'est donc pas dolosive, et ne saurait vicier le consentement.

En prémisses au raisonnement actuel, la Cour de cassation, dans quelques arrêts épisodiques, reconnaissait un rôle d'acteur dans la provocation de l'erreur. Elle incluait donc dans son raisonnement la réticence dolosive, qui conclue à l'erreur sur la substance.

La Haute juridiction change radicalement d'avis dans un arrêt du 19 mai 1958 : la première Chambre civile admet de façon incontestable que le dol peut être "dédit du silence volontairement gardé". Depuis, la réticence dolosive est sanctionnée juridiquement, et la jurisprudence en fait une application constante, en preuve le nombre croissant d'arrêt rendu ; un autre grand pas est franchi le 15 janvier 1973 : la Cour de cassation a reproché aux juges du fond, de ne pas avoir recherché l'existence d'une réticence en l'absence de manœuvre proprement dite. C'est alors la consécration du dol par réticence, et sa recherche lors d'un procès, est imposée au juge du fond. Elle est dès lors incorporée au corpus juridique, et donc à notre Droit positif. En ce sens, avec l'apogée du droit de la consommation, le législateur va créer bon nombre d'obligations de renseignement, d'information, de mise en garde, de conseil, ainsi le juge, dans sa recherche de la réticence, vérifiera s'il y a eut manquement à une obligation d'information et puis sanctionnera la mauvaise foi.

C'est donc, l'obligation d'information et de bonne foi qui sont retenus pour la réticence dolosive ; il est évident que la sanction de la bonne foi est le but, et la recherche d'un manquement à une obligation l'un des moyens. Pourtant dans la pratique, on semble séparer le concept. La Cour favoriserait l'existence de l'obligation d'information au principe de bonne foi des cocontractants dans les arrêts *Baldus* et suivants, alors même que le caractère déloyal de la situation était manifeste. Pourtant l'intention de taire l'information que l'on savait déterminante est bien présente et le consentement vicié. Alors comment sanctionne-t-on la réticence dolosive ? Quelle est sa portée ? La place de la bonne foi et de la loyauté ? Parallèlement, la déloyauté n'a pas été abandonnée : elle rend l'erreur excusable. Très clairement explicité par la troisième Chambre civile dans un arrêt du 21 février 2001, mais déjà présent en filigrane depuis 1977, la faute commise, ici la réticence, rend toujours excusable l'erreur provoquée. Est-ce un absolu ? Quelle est la portée de cette décision ?

On voit ainsi la réticence dolosive tiraillée entre devoir d'information et devoir de

loyauté, et cette dualité la fait se retrouver dans bon nombres de débats, et pour cause. L'émergence du droit de la consommation semble protégé excessivement le consentement de l'acheteur, simple consommateur profane ou professionnel averti, plutôt que le principe de bonne foi.

L'existence de cette dualité facilite grandement l'étude de la portée et du domaine de la réticence dolosive, puisqu'on l'appréhende dans un couple plus ou moins scindé d'ailleurs devoir d'information/devoir de loyauté. Ainsi les obligations d'informations, créées par le législateur entre autres, arrive comme véritable moyens salvateurs du consentement, et semble servir la reconnaissance du caractère dolosif du silence (I) aux dépends même du principe de bonne foi et de l'intention dolosive (?) ; ces principes importants en droit des contrats ne sont pour autant pas délaissés, et sont toujours d'actualité notamment dans l'aspect délictuelle de la réticence (II).

I/ DE LA SUBORDINATION DE LA RETICENCE DOLOSIVE AUX OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES D'INFORMATIONS

Peu à peu la réticence dolosive s'est subordonnée aux conditions apportées par la mise en place itérative d'obligations précontractuelles. La première voie empruntée par le juge est la vérification de l'existence d'obligations précontractuelles d'information, légales ou générales, pour caractériser de dolosif la réticence, même non-intentionnelle (A) en délaissant notamment dans deux arrêts relativement récents, le devoir de loyauté normalement imposé aux cocontractants la sanction de l'intention dolosive, aux motifs de l'inexistence d'obligation (B).

A/ Le manquement à une obligation précontractuelle

La forme la plus simple de réticence dolosive est celle qui viole une obligation d'information. Ces obligations existent avant celles créées par le contrat, d'où la qualification de précontractuelle. Elles sont d'origines légales et jurisprudentielles.

Le droit communautaire est venu standardiser dans les pays européens une protection du consommateur au travers notamment du droit de la consommation. Le législateur a ainsi dû intervenir dans ce sens, pour protéger dans l'absolu le faible du fort, le consommateur du professionnel. La loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile a un rôle de pionnier en droit interne français, mais il ne s'agissait alors que de la transposition d'une directive communautaire. L'effort en matière de droit de la consommation sera bien plus marqué par la loi Scrivener du 10 janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Pour finir, la loi de janvier 1992 pose en principe que les professionnels vendeurs de biens et prestataires de services sont tenus d'informer le consommateur sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service. Ainsi une véritable épée de Damoclès pend au-dessus du professionnel. C'est un absolu, autrement dit, le seul manquement qu'il soit volontaire ou qu'il résulte d'un oubli, peut être dolosif ; la solution la plus simple pour le juge de qualifier une réticence dolosive réside dans l'existence d'un texte qui fait peser sur l'autre partie au contrat une obligation d'information.

En l'absence de spécificité légale, la réticence dolosive est sanctionnée en vertu d'un principe général d'information entre les parties, dégagé par la jurisprudence. Il vise particulièrement les contrats qui supposent une transparence nécessaire, un rapport de confiance sine qua non entre les parties. L'intérêt de l'établissement d'une obligation générale d'information couplée aux obligations déjà existantes est la détermination d'un domaine de la réticence dolosive : elle n'est retenue que si obligation de parler il y a, d'où le silence seul ne peut être accepté comme source dolosive. Cette vision qui subordonne la réticence dolosive à l'existence d'une obligation précontractuelle est rappelée par deux points.

Le premier est d'origine légale : le législateur dans certains cas autorise la réticence, dans la même optique que celle pour laquelle il l'interdit, la protection du faible. Par exemple, dissimuler certains éléments pour échapper à une discrimination, comme cacher sa grossesse lors d'un entretien d'embauche.

Le second, jurisprudentiel, a été affirmé et précisé dans deux arrêts relativement récents, dont le célèbre arrêt Baldus : en l'espèce, alors qu'il est flagrant que le silence d'un des cocontractant est dolosif au possible, la Cour de cassation ne retient pas la nullité du contrat. La constitution de la réticence dolosive sur le fondement du manquement à une obligation précontractuelle évincerait-elle l'intention de l'auteur ?

B/ L'exigence absolue d'une obligation précontractuelle

Dans son arrêt Baldus, la Cour de cassation relie la réticence dolosive au devoir d'information et non au devoir de loyauté. En l'espèce, la venderesse met publiquement en vente des photographies ; ce qu'elle ignore, c'est qu'elle les vend à un prix dérisoire par rapport à leur réelle valeur. Elle trouve un acquéreur qui lui était bien informé de la valeur réelle des clichés. Si l'on prend un peu de recul, on peut sans doute caractériser la mauvaise foi de l'acheteur, qui a profité de la naïveté de la venderesse, et a gardé le silence pour déterminer cette dernière à vendre. Pourtant, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel par l'attendu suivant : "aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur". Quelle est la portée d'une telle décision ? un nouvel arrêt est venu préciser l'arrêt Baldus le 17 janvier 2007.

Un marchand de bien achète un bien immobilier à un couple non professionnel ignorant la valeur réelle de leur bien, qui n'a pas échappé au premier. La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'Appel qui retenait le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi par un attendu qui n'est pas s'en rappelé le précédent : "l'acquéreur même professionnel n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis".

Dans ces deux arrêts, et surtout dans le dernier, la Cour exclue l'obligation d'information de l'acheteur même professionnel portant sur la valeur du bien vendu. Et alors que dans l'attendu de l'arrêt Baldus, la Cour employait l'imparfait, ce qui connotait qu'au moment de l'espèce aucune obligation pesant sur l'acheteur n'existait, mais qu'accessoirement désormais, la Cour serait plus rigide. Or l'attendu de l'arrêt suivant est rédigé au présent... économiquement parlant, il serait préjudiciable que toute information tombe sous le joug d'une obligation sanctionnée de nullité. Dans le cas du marchand de bien, on peut admettre qu'il a peiné à trouver une telle affaire, et qu'il serait dommage de le priver de son labeur de recherche et d'investigation ; qui plus est, connaître la valeur de son propre bien immobilier n'est pas chose difficile. La loi n'est pas faite pour protéger les naïfs, ainsi retenir la mauvaise foi de l'acheteur semble exagéré.

Pourtant sur deux points, la Cour d'Appel avait relevé des conclusions qui semblaient légitimement mener au manquement du devoir de bonne foi : la qualité du cocontractant et le fait pour ce dernier de savoir que taire la valeur réelle du bien détermine le vendeur à la céder en l'état. En effet, le vendeur faisait entière confiance à l'acheteur de par sa qualité de professionnel, et ce premier avait d'énormes difficultés à se renseigner sur la valeur de son bien. La décision ne semble pas très saine, puisqu'elle incite les acheteurs à profiter de la faiblesse de certains vendeurs. Ainsi, il semble que l'obligation d'information vienne restreindre le champ d'application de l'obligation de bonne foi quoiqu'on puisse aussi considérer que les vendeurs aient commis une erreur inexcusable. A l'inverse, dans un arrêt du 21 février 2001, la Cour admet que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée. Elle place ainsi la réticence dolosive au dessus de l'erreur, mais la subordonne cette fois-ci non plus uniquement au manquement à une obligation d'information, mais au manquement à l'obligation de loyauté.

II/ DE LA REAFFIRMATION DE L'OBLIGATION PRECONTRACTUELLE DE BONNE FOI

L'article 1134 du Code civil proclame que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Dans les ébauches de la rédaction du Code civil, l'article précisait que les conventions devaient également être contractées de bonne foi, ce principe est sous-entendu dans l'actuel article ; en vue de le protéger, la jurisprudence a en 2001 décidé que la réticence dolosive rendait excusable l'erreur provoquée (A) car le manquement à une obligation de bonne foi doit être sanctionner. Jusque là cantonnée et liée à l'obligation de bonne d'information, la réticence semble devenir une forme normale de dol, et systématique (B).

A/ Le manquement à une obligation de bonne foi

Le 21 février 2001, la Cour de Cassation a réaffirmé le principe selon lequel la dissimulation d'une information constituait une réticence dolosive d'information dès lors que sa connaissance par l'acquéreur aurait de toute « évidence » changé sa décision d'achat. Et surtout les deux arrêts arrivent à cette conclusion tout en reconnaissant dans chaque cas que l'acquéreur a fait preuve de négligence en ne s'inquiétant pas de l'existence de ces informations.

Après son acquisition, un hôtel se révèle à la fois dépourvu d'autorisation d'ouverture et exploité en contravention aux règles de sécurité. Pour débouter cependant les acheteurs de leur demande en nullité de la vente pour dol, la Cour d'Appel retient qu' "en raison du caractère inexcusable de l'erreur dont il soutient avoir été victime", alors "qu'il avait une obligation particulière de se renseigner lui-même compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement". L'arrêt est cassé au motif que "la réticence dolosive rend toujours inexcusable l'erreur provoquée". L'idée qui anime cette jurisprudence est que la faute intentionnelle l'emporte sur l'éventuelle faute de la victime qui s'est laissée tromper, et ainsi faire triompher la sanction de la mauvaise foi sur l'erreur... la solution retenue dans l'arrêt Baldus est pourtant strictement opposée à celle-ci. Quoique le spectre de l'obligation d'information est profilé : la réticence est retenue car il y a un manquement à une obligation d'information ; l'erreur commise dans l'arrêt est dans l'absolu inexcusable. Mais la Cour s'appuie sur le principe de contracter de bonne foi : au vu du projet qui avait poussé les acheteurs à acquérir l'hôtel et le fond de commerce attaché, connu des vendeurs, et au vu de

leur erreur manifeste de ne pas avoir rechercher plus de renseignements quant à la situation administrative des lieux, les vendeurs auraient dû délivrer ces informations. En les taisant ils ont contracté de mauvaise foi, le devoir de loyauté est donc réaffirmé, puisque que le raisonnement de la Cour est le suivant : par leur réticence dolosive, les vendeurs ont laissé reposer le sentiment de confiance instauré entre les partie, alors que ce sentiment n'était qu'une illusion puisqu'elle n'était qu'unilatéral. Ainsi le caractère dolosif de certains silences est également justifié par les exigences de loyauté contractuelle sous entendu à l'article 1134 du Code civil.

Quelque part, la réticence dolosive qui provoque une erreur même inexcusable a une vertu curative, salvatrice pour l'auteur de l'erreur. Mais quelles conclusions en tirer ? et bien il semble d'une part que l'obligation d'information et de loyauté est un couple, qui peut être appréhendé ensemble ou séparément l'un de l'autre ; tous deux priment sur l'obligation de renseignement de l'acheteur. On est bien dans la synergie qui a contribué à l'instauration de la réticence dolosive : la surprotection de l'acheteur considéré comme la partie faible. Mais alors est-ce la tolérance zéro pour les vendeurs ? quel climat instaure cette protection accrue ? un climat préjudiciable économiquement et juridiquement ? seul le temps pourra préciser les conséquences mais sans trop s'avancer, un nombre croissant de recours en nullité semble logique, le fait de devoir exalté une transparence absolue met une pression constante sur les vendeurs, et pourquoi pas quelques aberrations encore, pour protéger le consommateur/acheteur.

D'autre part, l'autre conséquence importante de l'arrêt concerne les intérêts présentés par le dol, comparé à l'erreur. Il semblerait, en effet, que l'erreur cesse de pouvoir être sanctionnée dans certains cas où elle est provoquée. L'erreur sur la substance qui n'est pas une cause de nullité si elle est spontanée, le devient, en effet, lorsqu'il y a dol. La nullité du contrat est alors la sanction de la faute de l'auteur du dol, ce qui met en exergue l'aspect délictuel du dol. On retrouve par ailleurs dans la doctrine cette volonté de "punir civilement" l'auteur d'une faute.

Quelle est alors la portée d'une telle décision ? comment appréhender la réticence dolosive et le dol en général ?

B/ Les conséquences de la sanction de la mauvaise foi

La justification de l'erreur était donc le caractère intentionnel et délictuel de la réticence dolosive; la solution n'était pourtant pas nouvelle, puisqu'en 1967 selon l'attendu de l'arrêt du 13 février, "le dol peut résulter du silence d'une partie" dès lors que l'erreur provoquée "a déterminée le consentement du cocontractant".

Dans cette conception de la réticence dolosive, la Cour favorise une vision plus solidaire du contrat en vertu du principe de bonne foi. C'est exactement à l'opposé de l'appréhension de la réticence dolosive dans le cadre du manquement à une obligation précontractuelle d'information, et accessoirement à la vision de Planiol. De fait lorsqu'elle recourt à la notion de loyauté la Cour a tendance à trancher que la réticence est dolosive du moment que l'intention y est. La réticence se rattache alors à la conception traditionnelle du dol : la sanction de la mauvaise foi. L'idée dominante est la faute intentionnelle de l'auteur de la réticence, qui confirme bien l'aspect délictuel que la Cour lui donne. Dans les prémisses du Code civil, l'article 1134 était rédigé ainsi : "les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi à peine de nullité". La terminologie actuelle ne tient qu'à un souci de

formulation le terme "contractées" étant sous entendu dans l'énoncé de l'article, qui se voit ainsi par la décision de 2001 consacré.

Mais d'après la décision, la victime a commis une faute en s'étant laissée abuser par la réticence dolosive des vendeurs. Par extension, certains auteurs se demandent si ce n'est pas la fin du dolus bonus, le dol toléré représenté par l'hyperbole publicitaire par exemple, dont il est normal, et logiquement établi, que son emploi n'est pas pour but de vicier le consentement mais uniquement de vanter les qualités de son produit. L'idée de rendre toujours excusable l'erreur de la victime de la réticence dolosive, et a fortiori, du dol en général, anéantit la conception du dolus bonus. Verrait-on pour autant une multitude de recours en nullité pour cause de "légères manoeuvres à vues publicitaires", sur le fondement même de la décision précédente? Non car la solution retient une nuance : l'aspect délictuel et donc intentionnel du dolus bonus.

Si l'on rattache ainsi la réticence dolosive au dol, que s'en est une autre forme au même titre que le mensonge, comment confronter les cas de non-admission du dol à la réticence dolosive fondée sur la mauvaise foi sachant que, dans la plupart des cas, il s'agit de l'erreur invraisemblable. Des cas dans lesquels la situation est tellement évidente que l'erreur n'est pas même envisageable. Et bien au vu de la décision de 2001, si il y a une intention de l'autre partie, de passer sous silence quoique ce soit d'évident, la réticence pourrait être retenue. Mais dès lors que le cocontractant n'a pas cherché à tromper l'autre, il me semble que le silence sur un défaut apparent par exemple, ne saurait être dolosif. Ainsi le régime de la réticence ne s'en trouve absolument pas agrandi, et son domaine d'application reste le même qu'avant la décision en témoigne la jurisprudence qui retient que la supposée réticence ne pardonne pas l'erreur supposément provoquée par le silence si tenté est que cette erreur revêt un caractère inexcusable voire cocasse. Parallèlement, la situation est identique en cas de contrat d'adhésion... on ne pourrait admettre la "réticence dolosive du contrat" aux motifs d'imprécisions.